

人権救済申立と日本弁護士連合会勧告

倉 持 武

I 日本における脳死移植の現状と本報告の目的

1997年10月の「臓器の移植に関する法律」（以下、移植法という）施行以来、2003年10月末日までに、法的脳死判定が27件、臓器提供が26名からあった。移植実施件数は心臓17、肺15（4名死亡）、肝臓23（内、分割肝6、4名死亡）、脾臓同時9、脾臓2、腎臓36（3名死亡）、小腸1（死亡）、計103件（死亡レシピエント数計12名）である。なお、移植医療の社会的経費は社団法人日本臓器移植ネットワークと厚生労働省から支出されるが、2001年度経費は両者合わせておよそ9億9千万円であった。この間、提供施設を被申立人とし、岡本隆吉氏他を申立人とする4件の人権救済申立が提出され、調査中の1件を除く3件に関して日弁連から勧告が出された。本報告の目的はこれらの申立と勧告を検討することにある。

II 日弁連勧告

日弁連は、弁護士法第1条で規定された「弁護士は基本的人権を擁護し、社会正義を

実現することを使命とする」との職責を全うするため人権擁護委員会を置き、医療に関する人権擁護は第4部会が担当している。日弁連という民間団体の人権侵犯除去手段である人権擁護組織と制度は、法律に直接的な根拠を持つ調査権がなく、人権侵犯者に対する法的強制力もないが、その実績等により事実上強い強制力を持つ。

人権救済申立を受け、調査開始が決定されれば、事件委員会を設置、調査し、報告書を作成する。理事会の承認を要する報告書の事件処理区分のうち、「警告」は人権擁護委員会の意見を通告し、反省を求めるもので、「勧告」は被侵犯者への救済または今後の侵犯防止につき適切な処置を要請するものである。今後の留意点を示し、善処、改善を求める「要望」を行うこともある。

日弁連は1968年の日本で初めての心臓移植に関して、和田教授に「警告」を発し、札幌医科大学長に「要望」を行っている。ドナーに関しては死亡時刻の認定その他で犯罪成立の可能性を指摘し、レシピエントに関しては生存率がごく低い状況下での手術の敢行を指摘し、両者の人権上重大な疑義があったとした

ものであった。

III 移植法施行後の人権救済申立と申立の趣旨

申立は、違法行為があったにもかかわらず、提供施設はその違法性を無視または軽視してドナーの人権を著しく侵害したと申立人が判断し、事実を確認し、警告を発し、日弁連による救済を求めることを趣旨とする。申立人が提供施設の行為を違法と判断する根拠は、ドナーの治療、医師の裁量権そして脳死および脳死判定に関する申立人の基本認識である。その基本認識とは、移植法が、法的脳死判定によって脳死が確定するまで救命を目的とした治療の変更を許さず、何人にも死に至るまで救命治療を受ける権利を保障しており、厚生労働省脳死判定基準（以下、判定基準という）においても、その前提条件として「現在行いうる全ての適切な治療手段をもってしても、回復の可能性が全くないと判断される」状態においてのみ脳死判定が許されると明記されており、救命治療が放棄され、あるいは「すべての適切な治療手段」がつくされない場合は、患者の救命治療を受ける権利を侵害する。そして、医師の裁量権は救命を目的とした合理的で適切な治療のためのものであって、救命治療の放棄や、死を早める処置、および臓器移植のための裁量権というものはありえず、これらの行為は違法であり、患者の人権を侵害する、というものである。脳死および脳死判定に関しては、脳死をもって人の死と認められたが、これは移植法に定める要件を満たした場合にのみこの法律の効力によって人の死としたものであるから、①法の定める要件に違反する場合は人の死とは認められない、②法の定める要件である脳死判定基準およびその手順は単なる形式ではなく、基準や手順違反は患者への危害行為であ

り、直ちに人権侵害を構成する。また、臓器摘出時の血圧上昇、発汗、体動等に関して、現時点では脊髓反射説と脳幹生存説が並存しており、この問題が解決を見るまでは臓器摘出のための法的脳死判定を控えるべきであるという基本認識をもつ。

IV 申立人の指摘する人権侵害行為

申立人が指摘する人権侵害行為は、救命治療に関するものと脳死判定に関するものに大きく分かれる。

救命治療に関し、1例目提供施設については、①応急処置の放棄による病態悪化という人権侵害、②「症状が少しでも改善すれば検査、そして手術」との説明に反し、患者の自発呼吸が戻った時点で説明者はすでに帰宅という背信行為、③救命の可能性はわずかであったが、手術なしでは脳死への過程を進まざるをえないことの説明なしに「一方的に切迫脳死との虚偽判断を示す」という、インフォームドコンセント違反による家族の手術か否かの選択権侵害、④わずかであるが症状が改善された時点で手術方針を立てようとしなかった救命義務の放棄による人権侵害等を指摘している。

3例目提供施設については、①搬入時、CT等によって確認された患者の症状からみて、救命のために手術あるいは脳低温療法を施行すべきであったにもかかわらず、保存的治療とした人権侵害、②搬入4時間後、「まだ救命の可能性がある」との脳外科医長の判断にもかかわらず、脳浮腫から脳死への過程を遮断する努力を放棄し、脳死へと必然的に進行させた人権侵害、③当初から患者のドナーカード所持を知っていた医師に臓器摘出のできる患者という認識が生じ、これを原因とする保存的治療による脳死コースの選択という人権侵害等を指摘している。

4 例目提供施設については、当該施設がとった救命から移植のための臓器保存への方針変更時期は、「脳死が確定し臓器提供の承諾が得られた時点で、主治医および家族の同意を得た上で」と明記された日本移植学会行動指針（移植マニュアル）に反し、脳死が確定する以前に、かつ患者家族への説明・同意もなく、抗利尿ホルモンADHを投与し、救命治療に逆行する臓器保存術を施行して脳浮腫を悪化させ、患者を脳死確定前に臓器提供物体として扱い、患者の人格の尊厳を毀損したと指摘している。

9 例目提供施設については、第1回法的脳死判定中に咳反射が認められた時点で、救命のために直ちに脳低温療法を含む積極的な治療に全力をあげる義務を有しながら、それ以前にドナーカードの提示があったことから、移植優先の方針を決定してこれをなさず、回復の可能性のある患者を脳死に追いやった人権侵害行為を指摘している。

脳死判定に関し、1 例目提供病院については、①患者が中枢神経抑制剤の影響下にあることを知りつつ最初の臨床的脳死診断を行い、かつ「臓器の移植に関する法律の運用に関する指針」（以下、ガイドラインという）に違反して同臨床的脳死診断において無呼吸テストを行うという、臨床的脳死診断の時期および方法の違反による患者の容態悪化という人権侵害、②「患者に対して行いうる全ての適切な治療を行ったとしても回復の可能性がない」との認定判断を求める「臓器の移植に関する法律施行規則」（以下、施行規則という）に違反して判定作業に入った違法行為、③最初の第1回法的脳死判定時、定められた脳波測定感度を満たさず、かつ無呼吸テストを最後に回さないという施行規則違反により、容態を脳死へ促進させた違法行為、④再度の臨床的脳死診断において、再度脳波測

定感度違反をなし、これに基づいて無呼吸テストを行うという、誤ったデータに基づく無呼吸テストにより容態を脳死へ促進させた違法行為、⑤6時間5分に及んだ再度の第1回法的脳死判定において再び脳波測定感度違反をなし、また中枢神経抑制剤の影響の有無確認を怠ることにより、脳死者を捏造した違法行為、⑥臓器摘出中、ドナーは血圧が120から140, 150と急上昇し、「ラザロ徴候」とはいえないほどに激しく手足を動かし、麻酔ガス投与によりかろうじて臓器の摘出が遂行されたという、脳死に至っていない患者からの臓器摘出の疑い等を指摘している。

3 例目提供施設については、前庭反射検査に関して、ガイドラインに違反してエア・カロリック・テストを行い、側頭骨骨折の確認されている脳内へ空気を注入して気脳症を悪化させ、脳圧をさらに高めて脳死を促進させた疑い等を指摘している。

4 例目提供施設については、①施行規則の趣旨を理解せず、もしくは無視して、2回の臨床的脳死診断において無呼吸テストを行って患者へ侵襲行為をなし、②臨床的脳死診断および法的脳死判定において合わせて3回の脳波測定感度違反をなして再度の法的脳死判定のやむなきに至り、脳死確定前に合計5回の無呼吸テストをなし、患者に無用の苦痛と侵襲加害を行った、と指摘している。

9 例目提供施設については、①脳外科医と神経内科医との脳波所見判読の齟齬を例証とする、「脳死判定基準を医師が判定すること」に過ちが生じることのあること」の指摘、②9時間後の検査で、消失していた咳反射が再発現と診断され、その後およそ4日間にわたって認められ続けられたことを例証とする、厚生省脳死研究班が「絶対的に必要な観察時間」とした6時間という経過観察時間の不確実性と、これに基づく脳死判定基準自

体の不確実性を指摘している。

V 日弁連の勧告および要望

日弁連勧告もまた脳死判定あるいは無呼吸テスト等に関する日弁連自身の基本認識に基づいている。脳死および脳死判定に関する基本認識は、脳死は最も厳格な形で定義され、脳死の認定は最も厳密な手続き、テストを経てなされるべきであるが、移植法や施行規則、ガイドラインは、脳幹を含む全脳機能の不可逆的停止を認めず、聴性脳幹誘発反応の消失確認をテストしない不十分なものであると思料する、というものである。

脳死判定検査方法について言えば、移植法等に定められた検査方法は、不変なものではないが、これらを遵守することで、脳死が疑われる患者の生命に対する権利、十分な治療、蘇生処置を受ける権利、最善の医療を受ける権利を守り、患者の自己決定の基盤を保護して、脳死判定の誤り、早すぎる脳死、作られる脳死を防止しようとするものである。また、脳死状態に陥る前の提供意思表示患者の真意は、移植法、施行規則、ガイドライン等を遵守した適正かつ公正な手続きにより脳死と判断されたときは、他人の命を助けるために臓器を提供しよう（その結果として患者は死に至る）というものであり、検査方法の遵守は脳死判定手続きの適正さ、公正さを確保し、臓器移植に対する国民の信頼を醸成するためにも極めて大切である、という基本認識をもつ。

無呼吸テストに関しては、これは治療手段ではなく、他の検査と比べ身体への侵襲程度ははるかに大きく、血圧低下、不整脈、ショック状態等を生じさせる危険性を有するがゆえに、ガイドラインはドナーカードの有無を把握する前になされる臨床的脳死診断における無呼吸テストの除外を定め、施行規則

は、提供意思確認後の法的脳死判定においてすら、深昏睡、瞳孔散大、脳幹反射の消失、平坦脳波を確認した後で始めて無呼吸テストが実施できると定めているとの基本認識を持つ。そして特に脳死かどうか微妙な段階においては何回も臨床的脳死診断が行われる可能性が高いことを取り上げ、そのような時点で無呼吸テストを行えば、患者を「脳死状態に誘導し」「脳死状態が人為的に作り上げられる」危険性が高まるので、臨床的脳死診断においては無呼吸テストを行うべきではないことを強調している。

1 例目提供施設に対しては、①臨床的脳死診断において無呼吸テストを実施したこと、②法的脳死判定において無呼吸テストを最後に行わなかったこと、この2点に関して人権侵害の事実を認め勧告した。また、①ドナー家族の意向により、第2回の法的脳死判定終了時期を非公開としたこと、②人権擁護委員会の事情調査に対し、面談を拒否するなど極めて非協力的であったこと、この2点に関し、これらは移植法制定時の付帯決議の理念に反するので、今後は国民の信頼を得るべく可能な限り情報を開示するよう要望した。

3 例目提供施設に対しては、①エア・カリリック・テストによる前庭反射検査は、ガイドラインに反しており、脳死が疑われている患者の脳死判定を誤ったかあるいは早めた危険性が皆無だったとはいえないこと、②申立書にはなかったが、第1回法的脳死判定時の無呼吸テストにおいて、患者の動脈血炭酸ガス分圧がガイドラインで定められた範囲（35mmHg～45mmHg）より低く外れていた（31.7mmHg）にもかかわらずテストを行い、人工呼吸器を外している時間を長くし、患者への侵襲の程度をより強くしたこと、この2点は患者の真意に反し、患者の自己決定権を侵害するとして勧告した。

4 例目提供施設に対しては、第1回の法的脳死判定より48ないし27時間も前の極めて早い段階での、施行規則およびガイドラインを無視した2度にわたる無呼吸テストは、その必要性、合理性が認められず、患者へ侵襲行為をなしてその人権を侵害したものといわざるを得ないとし、今後は施行規則およびガイドラインを厳守し、臨床的脳死診断においては無呼吸テストを行わないよう勧告した。なお、この勧告に対して同施設はこれを受け容れ改善する旨の「臨床的脳死診断における無呼吸テストの実施に関する勧告書に対する措置について」を日弁連に回答した。

VI 勧告の対象とならなかった人権侵害申立事項

初期対応や手術の非実施あるいは中枢神経抑制剤問題は勧告の対象とされていない。しかし、日弁連はこれら3点について、1例目提供施設の場合は、被申立人の協力が得られず、当時の患者の状況について詳細な事実経緯を把握した上で裁量権、切迫脳死、医療過誤等の問題を評価することが困難であったという事情があり、「脳死判定等に係る医学的評価に関する作業班」報告書を覆すに足るだけの具体的な基礎事実を認定することができなかったために、これらの争点については人権侵害事実を認定することができないとの結論に達したのである。それは被申立人から十分な説明がなされた上で疑念が払拭されたということではない。たとえば、手術を行わなかった場合には脳死へ移行するほかなく、少なくともその可能性が極めて高かったというのであるならば、なぜ手術を行わなかったについて、被申立人には詳細な説明を行う義務が存したはずである、と述べている。

脳波テストの感度および回数の問題も勧告の対象とされていない。これは、測定感度の

誤り等によって結果的に前提条件を満たさずに法的脳死判定に移り、無呼吸テストを行ったこと、また脳死診断回数が増えたことにより無呼吸テストの回数自体が増加したことは明らかであるとの認識を示した上で、測定感度の誤りや回数の増加のみを対象として人権侵害の有無を論じるのは適切でないと考え、無呼吸テストの問題と合わせて論じたからである。

脳死に至っていない段階での臓器摘出の疑いについてふれておこう。これについては日弁連が人権侵害の有無を判断し得ないとの結論に達したため、勧告の対象とはならなかった。日弁連はこうした結論に達したことについて、血圧の上昇が脳幹の活動を意味すると判断できるのか、あるいは、麻酔ガス投与が当該患者の脳死を否定する事実と評価できるのかについては、カルテの開示、閲覧がなされない以上具体的な事実を認定できず、また医学的にも確定していない論点にかかわるからであると、その理由を述べている。

VII 結論

日弁連勧告の対象となったのは、移植法違反、施行規則違反あるいはガイドライン違反が明白なものに限られている。救命から移植への方針転換時期に関する「移植マニュアル」、脳死判定基準の不確実性や医学的に確定していない論点に関わること、あるいはカルテ非開示、被申立て人の非協力等により事実認定が困難なことについては、日弁連は明確な結論に達することができず、勧告の対象とするに至っていない。しかしこれは、「脳死」という病態には依然として医学的にも未解決の問題が残されており、救命治療や脳死判定に関しても、カルテ開示あるいは提供施設の努力を通して、改善すべき点が今なお残されているとの日弁連の認識を示しているこ

とでもある。

（本論文は2003年11月3日、筑波大学において開催された International Congress on Ethical Issues in Brain Death and Organ Transplantation において口頭発表され、Proceedings of International Congress on Ethical Issues in Brain Death (April 2004) に掲載

され、さらに、JOURNAL INTERNATIONAL DE BIOÉTHIQUE (Vol.16, No1-2, フランス) に転載された、Applications for Human Rights Relief and the Recommendations of the Japan Federation of Bar Association の日本語版である)